



**GENERALNY INSPEKTOR
OCHRONY DANYCH
OSOBOWYCH**

dr Wojciech R. Wiewiórowski

DOLiS – 033 – 5/14/MK/32044

Warszawa, dnia 28 kwietnia 2014 r.

Pan

Jacek Męcina

Sekretarz Stanu

w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej

ul. Nowogrodzka 1/3/5

00-513 Warszawa

Gracyny Perle Minister

w odpowiedzi na pismo z dnia 4 kwietnia 2014 r. – znak: DRP-VIII-02101-16-67-IS/13 – uprzejmie informuję, że do projektów rozporządzeń w sprawie przy którym przekazano projekty rozporządzeń Ministra Pracy i Polityki Społecznej:

- 1) w sprawie wzoru wniosku o akredytację do prowadzenia pośrednictwa pracy w ramach sieci EURES,
- 2) w sprawie programów specjalnych,
- 3) w sprawie przyznawania środków z Krajowego Funduszu Szkoleniowego,
- 4) w sprawie dodatku do wynagrodzenia dla pracowników publicznych służb zatrudnienia oraz Ochotniczych Hufców Pracy,

organ do spraw ochrony danych osobowych – z punktu widzenia przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926, z późn. zm.) – nie zgłasza uwag.

Odnosząc się do projektu rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie profilowania pomocy dla bezrobotnego informuję, że Generalny Inspektor

Ochrony Danych Osobowych podtrzymuje stanowisko w zakresie profilowania osób bezrobotnych, wyrażane w dotychczasowej korespondencji dotyczącej **rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw**. W opinii organu do spraw ochrony danych osobowych uregulowanie zasadniczych elementów składających się na profilowanie powinno znaleźć się w materii ustawy, nie zaś rozporządzenia, które zostało mu do zaopiniowania przedłożone. Autor przedmiotowego projektu nie stwierdza wprost w przedłożonych przepisach, że dokonywał będzie profilowania osoby bezrobotnej. W projektowanym art. 33 ust. 2b ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy mowa jest bowiem o dokonywanym przez powiatowy urząd pracy „ustalaniu profilu pomocy”, definiowanym jako „właściwy ze względu na potrzeby bezrobotnego zakres form pomocy określonych w ustawie”. Jest to jednak kwestia przyjętej w projekcie terminologii, która nie zmienia faktu, że urzędy pracy będą profilowały osoby fizyczne. Nie ulega bowiem żadnej wątpliwości, że aby ustalenie zakresu form pomocy mogło mieć miejsce, w pierwszej kolejności konieczne jest stworzenie profilu samej osoby bezrobotnego.

Generalny Inspektor podkreślał do tej pory wielokrotnie, że jeśli w opinii resortu pracy niezbędne jest rozwiązanie polegające na stosowaniu profilowania wobec osób bezrobotnych oraz niezbędne jest wprowadzenie na jego potrzeby przetwarzania danych osobowych na określonych zasadach, to należy stworzyć w tym celu prawidłowe **podstawy rangi ustawowej**.

Przypomnieć trzeba, iż prawo do ochrony prywatności i ochrony danych osobowych są prawami osobistymi gwarantowanymi przez Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej (art. 47 i 51). W związku z tym, ograniczenie w zakresie korzystania z tych praw – jakim jest tworzenie profilu – wymaga regulacji rangi ustawowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej). Co więcej – jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 31 stycznia 2007 roku (S. 1/2007): „Z zasady wyłączności regulacji ustawowej w sferze praw i wolności wynika, iż Parlament nie może w dowolnym zakresie „cedować” funkcji prawodawczych na organy władzy wykonawczej. Zasadnicza regulacja pewnej kwestii nie może być domeną przepisów wykonawczych, wydawanych przez organy nienależące do władzy ustawodawczej. Nie jest bowiem dopuszczalne, aby prawodawczym decyzjom organu władzy wykonawczej pozostawić kształtowanie zasadniczych elementów regulacji prawnej. Także art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wymaga regulacji ustawowej w tych wszystkich unormowaniach, które dotyczą ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jednostki.

W takim wypadku zakres materii pozostawianych do unormowania w rozporządzeniu musi być węższy niż zakres materii ogólnie dozwolony na tle art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej silnie bowiem akcentuje konieczność szerszego unormowania rangi ustawowej i zawęża pole regulacyjne pozostające dla rozporządzenia”.

Takie kwestie, jak katalog danych, w oparciu o które budowany jest profil osoby bezrobotnej, sposób tworzenia profilu, jego transmisji pomiędzy bazami, retencji, zmiany i usuwania powinny bezwzględnie zostać uregulowane w ustawie.

Ponadto zwrócić uwagę należy na podejście do kwestii profilowania na poziomie europejskim. Zarówno na forum Unii Europejskiej, jak i Rady Europy dominuje pogląd o potrzebie dalszego rozwijania koncepcji szczególnej ochrony danych osobowych w procesie profilowania. Kamieniem milowym w kierunku takiego myślenia była przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 23 listopada 2010 r. rekomendacja CM/Rec (2010) w sprawie ochrony osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych podczas tworzenia profili. Zgodnie z tym dokumentem, stanowiącym obecnie główne źródło wytycznych w zakresie trybu postępowania podczas tworzenia nowego profilu osobowego, profilowanie jest **swoistym procesem przetwarzania danych osobowych**. Także Komisja Europejska deklaruje gotowość wyraźnego unormowania w przepisach profilowania jako szczególnego sposób przetwarzania danych osobowych. Przejawem takiego podejścia jest projektowana regulacja tego zagadnienia w nowych ramach ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej przyjętych w marcu 2014 r. przez Parlament Europejski i będących obecnie przedmiotem prac Rady Europejskiej (projekt *rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*), która obejmie profilowanie specjalnym reżimem prawnym i zastąpi ochronę danych wrażliwych przetwarzanych z związku z profilowaniem gwarantowaną obecnie przez dyrektywę nr 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281 z 23.11.1995, s. 31, z późn. zm.).

W związku z powyższym, w dalszym ciągu aktualny pozostaje pogląd Generalnego Inspektora, że bez zapewnienia podstaw prawnych dla profilowania w akcie prawnym rzędu ustawy, która kompleksowo ureguluje to zagadnienie, nie można

mówić o właściwym uregulowaniu profilowania. Profilowanie pomocy dla bezrobotnego, którego elementem koniecznym będzie profilowanie osoby, dotyczyć będzie obywateli, dla których wiedza o tym procesie powinna być możliwa do wywiedzenia z powszechnie obowiązującego aktu prawnego w randze ustawy, nie z rozporządzenia, a tym bardziej z podręczników przeznaczonych dla pracowników powiatowych urzędów pracy.

Niezależnie od powyższego, będąc poproszony o wyrażenie stanowiska na temat projektu rozporządzenia w sprawie profilowania pomocy dla bezrobotnego, organ do spraw ochrony danych osobowych poniżej przedstawia do niego uwagi, ograniczone jednak wyłącznie do oceny zaproponowanych przez projektodawcę przepisów.

1. W pierwszej kolejności, zauważyć należy, że zgodnie z §2 ust. 2 projektu, przy określaniu oddalenia bezrobotnego od rynku pracy (tj. jednej z dwóch zmiennych branż pod uwagę przy ustalaniu profilu pomocy dla bezrobotnego) powiatowy urząd pracy uwzględnia „stopień niepełnosprawności określony posiadaniem orzeczeniem o niepełnosprawności”. Jest to nowy czynnik, którego uwzględniania w procesie ustalania profilu nie przewidywał projekt w wersji z dnia 30 grudnia 2013 r., pierwotnie przedłożonej Generalnemu Inspektorowi do zaopiniowania, a który niewątpliwie stanowi daną wrażliwą w rozumieniu art. 27 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych. Fakt zamieszczenia powyższego czynnika w katalogu informacji branż pod uwagę przy profilowaniu budzi pewne zdziwienie, ponieważ pozostaje w sprzeczności ze stwierdzeniami dotychczas sformułowanymi przez Autorów projektu ustawy o zmianie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oraz niektórych innych ustaw, w korespondencji dotyczącej tego projektu, wystąpieniami przedstawicieli Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej na posiedzeniu sejmowej podkomisji stałej ds. rynku pracy (8 stycznia 2014 r.), wskazujących, że profilowanie pomocy dla bezrobotnego nie będzie opierać się o dane wrażliwe, jak i zapewnieniami Pana Jacka Męciny, Sekretarza Stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej podczas 52. posiedzenia Senatu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 10 kwietnia 2014 r., który stwierdził podczas niego cyt.: „(...) zdecydowaliśmy się nie profilować osób, a usługę, dzięki czemu nie musimy zbierać danych wrażliwych i możemy unikać różnych kontrowersji, które są wokół tego tematu.” Pomimo tych stwierdzeń wprowadzono do projektu dodatkowy czynnik o charakterze danej szczególnie chronionej, co skłania do powzięcia wątpliwości, czy Ministerstwo nie zdecyduje się

w przyszłości dodatkowo rozszerzyć – w rozporządzeniu – katalogu zbieranych informacji o kolejne informacje, w tym kolejne dane sensytywne, które w jego opinii będą niezbędne do ustalenia profilu pomocy dla bezrobotnego. Podkreślić natomiast trzeba, że wobec danych o takim charakterze obowiązuje szczególny reżim, który wymaga, aby przepis legalizujący ich przetwarzanie był zawarty w przepisie ustawy, przy czym jedynie takim, który stwarza pełne gwarancje ochrony ww. danych. Należy zatem zaproponować przeciwko wprowadzaniu podstawy prawnej przetwarzania danych szczególnie chronionych, i to na potrzeby odrębnego i szczególnego procesu, jakim jest profilowanie, w akcie o randze rozporządzenia.

2. Ponadto, projekt oprócz wskazania czynników branych pod uwagę przy ustalaniu profilu pomocy (§2 projektu) nie wskazuje, jaka jest droga dochodzenia do wyniku profilowania, na jakich zasadach podejmowane są rozstrzygnięcia prowadzące do przypisania danej osobie konkretnego profilu. Innymi słowy, osoby bezrobotne poddawane profilowaniu nie są w stanie wywieść wniosku, jak określone podawane przez nich informacje będą oddziaływały na ostateczny wynik operacji profilowania. Wątpliwości w tym zakresie nie usuwa zawarte w projekcie stwierdzenie o źródle i sposobie pozyskania informacji do profilowania, tj. z karty rejestracyjnej bezrobotnego oraz wywiadu prowadzonego z bezrobotnym przez pracownika powiatowego urzędu pracy (§3 projektu). Nie można również uznać za wystarczającą normę, zgodnie z którą „powiatowy urząd pracy ustala profil pomocy przetwarzając informacje, o których mowa w §3, z wykorzystaniem udostępnianych przez ministra właściwego do spraw pracy systemów teleinformatycznych, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy” (§4 projektu); przepis ten określa bowiem jedynie narzędzie techniczne, za pomocą którego realizowane będzie profilowanie, nie zaś jego mechanizm.

Takiemu ujęciu problemu zarzucić więc można brak przejrzystości, która powoduje, że rozporządzenie nie udziela odpowiedzi na pytanie co do istoty samego procesu profilowania.

3. Rozwiązanie zawarte w §9 projektu przewiduje, że powiatowy urząd pracy może ponownie ustalić profil pomocy, jeżeli w trakcie realizacji działań przewidzianych w ramach Indywidualnego Planu Działania nastąpi zmiana sytuacji bezrobotnego w zakresie, o którym mowa w §2 ust. 2 lub 3, uznana przez powiatowy urząd pracy lub

bezrobotnego za uzasadnioną przyczynę do ustalenia nowego profilu pomocy. Rozwiązanie to jednak, po pierwsze, zakłada fakultatywność ponownego ustalenia przez organ publiczny nowego profilu w sytuacji, w której osoba bezrobotna, której profil dotyczy, uzna potrzebę zmiany już przypisanego jej profilu. Innymi słowy, nawet jeśli osoba z uzasadnionych względów będzie wnioskowała o zmianę profilu, to powiatowy urząd pracy nie jest tym wnioskiem w żadnym stopniu związany. Po drugie, w projekcie brak jest rozwiązania przewidującego możliwość wnioskowania przez osobę bezrobotną o zmianę pierwotnie ustalonego profilu, co stanowi jeszcze bardziej jaskrawy dowód pozbawienia jej wpływu na rozstrzygnięcie, w oparciu o które organy publiczne podejmują wobec niej decyzje. Dodać natomiast trzeba, że profilowanie będące automatyczną techniką przetwarzania danych, obarczone jest wysokim ryzykiem błędu, a więc tym bardziej w przepisach prawa powinna być zapewniona możliwość odpowiedniej korekty na żądanie osoby, której dane dotyczą. Powyższe rozwiązania, uniemożliwiając skorzystanie z praw gwarantowanych przez art. 51 ust. 4 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, uprawnień w zakresie kontroli procesu przetwarzania danych przewidzianych w art. 32-35 ustawy o ochronie danych osobowych oraz stojąc w sprzeczności z zasadą merytorycznej poprawności danych (art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych), nie mogą zostać zaakceptowane przez organ do spraw ochrony danych osobowych.

Sumując, zarówno brak kompleksowej i prawidłowej regulacji kwestii profilowania na poziomie ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, jak i przeniesienie pewnych fragmentów uregulowania tego zagadnienia do aktu wykonawczego, które ponadto obarczone jest wskazanymi powyżej błędami, budzi poważne wątpliwości natury konstytucyjnej. Proces ten, będąc poważną ingerencją w sferę prywatności i autonomii informacyjnej jednostki, wymaga odpowiednich gwarancji w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, których w żadnej mierze nie zapewnia niniejszy projekt.

W projekcie **rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie rad rynku pracy** wątpliwość budzi §2 ust. 4, który przewidując odnotowanie w protokole z posiedzenia rady rynku pracy, przebiegu i rezultatów głosowania oraz ewentualnych uwag i zastrzeżenia członków rady, nie określa jednocześnie, jakie konkretnie informacje, w tym prawdopodobnie dane osobowe członków rady, będą w nim zamieszczane. Za

dotychczasowym brzmieniem przepisu w tym zakresie przemawia zarówno – statuowana w art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie danych osobowych – zasada adekwatności danych, która zakazuje pozyskiwania danych nadmiernych lub zbędnych dla celów przetwarzania, jak i zasady prawidłowej legislacji, nakazujące tworzenie przepisów precyzyjnych, umożliwiających wywiedzenie, kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować (§132 w zw. z §25 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, tj. Dz. U. Nr 100, poz. 908). Analogiczna uwaga odnosi się do treści §16 ust. 2 projektu.

W projekcie **rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie szczegółowych warunków oraz trybu i sposobu prowadzenia usług rynku pracy** wątpliwości budzi §6 ust. 2, który nakłada na pracodawców z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązek zamieszczania w zgłoszeniu krajowej oferty pracy „informacji dotyczących okoliczności, o których mowa w art. 36 ust. 5f ustawy”, tj. informacji, czy pracodawca w okresie 365 dni przed zgłoszenia oferty pracy został ukarany lub skazany prawomocnym wyrokiem za naruszenia przepisów prawa pracy albo został objęty postępowaniem dotyczącym naruszenia przepisów prawa pracy. Wskazać należy, że powyższe okoliczności, stosownie do art. 36 ust. 7f ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2013 r. poz. 674, z późn. zm.), mogą być przyczyną negatywnej konsekwencji w postaci nieprzyjęcia przez powiatowy urząd pracy oferty pracy zgłaszanej przez pracodawcę. W tym sensie są one więc dla pracodawcy okolicznościami obciążającymi. Powołany przepis ustawy reguluje jedynie uprawnienie powiatowego urzędu pracy, który – pozyskawszy taką informację – może nie przyjąć oferty pracy od pracodawcy, którego taka okoliczność dotyczy, nie wskazuje jednak, jak ona do niego trafia. Tym samym, po pierwsze wątpliwe jest wprowadzanie wymogu dostarczania informacji w tym zakresie w akcie wykonawczym do ustawy, skoro nie przewiduje tego ustawa. Zamieszczenie normy obligującej do takiego działania w rozporządzeniu można by więc uznać za próbę obejścia ustawy. Po drugie, wątpliwe jest samo wprowadzanie takiego wymogu w przepisach prawa z uwagi na zasadę prawną, wyrażającą się w maksymie *nemo se ipsum accusare tenetur*, zakazującą zobowiązania kogokolwiek do dostarczania dowodów na swoją niekorzyść.

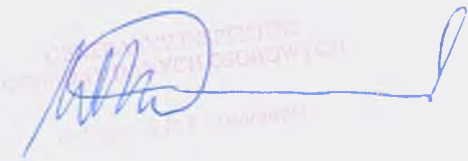
Z uwagi na wspomnianą wyżej zasadę adekwatności danych w stosunku do celu ich przetwarzania proponuje się – w miarę możliwości – doprecyzowanie brzmienia §6 ust. 3 pkt 1 projektu, który zawiera katalog danych składających się na dane uzupełniające w

zakresie dotyczącym pracodawcy krajowego, jednak poprzez sformułowanie „w tym” umożliwia dowolną interpretację zakresu danych o pracodawcy krajowym, które mają być zamieszczane w zgłoszeniu oferty krajowej, w tym także ponad zakres wymieniony w nim *expressis verbis*, tj. imię i nazwisko pracodawcy lub jego pracownika wskazanego przez tego pracodawcę do kontaktów w sprawie oferty pracy. Analogiczna uwaga odnosi się do §31 pkt 1 projektu, który wskazuje otwarty katalog informacji zamieszczanych w zgłoszeniu zagranicznej oferty pracy w odniesieniu do pracodawcy z państwa EOG.

W §22 ust. 6 pkt 8 projektu sugeruje się doprecyzować, jakie dane będą zamieszczane w – zawartej w skierowaniu na targi pracy – liście wystawców krajowych i zagranicznych, w tym na liście pracodawców i pracodawców z państw EOG.

W §85 projektu należy określić, jakie „dane” (ewentualnie w jakim zakresie) gromadzi powiatowy urząd pracy.

Z pozdrowieniami



POWIATOWY URZĄD PRACY
W LUBLINIE